I. N. I.

DISPVTATIO IVRIDICA

DE

TRANSLATIONE DOMINII IN CONTRACTV AESTIMATORIO

QVAM

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,

SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,

DN. FRIDERICO WILHELMO,

REGNI BORVSSIAE, ELECTORATVS BRANDENBVRGICI ET RELIQVARVM PROVINCIARVM HEREDE &c. &c.

IN REGIA ACADEMIA FRIDERICIANA

PRAESIDE

DOMINO

IVSTO HENNINGO Böhmer,

I. V. D. ET PROF. PVBL. EXTRAORD.

IN AVDITORIO MAIORI

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

D. NOV. MDCCIII.

PVBLICAE DISQVISITIONI SVBIICIT

AVCTOR

DANIEL RAVE,

HAVELBERGENSIS.

HALAE MAGDEBVRGICAE,

TYPIS IOANNIS GRVNERI, ACAD. TYPOGR. *Recuſa* 1724.

Digitized by Google

Digitized by Google

DISPVTATIO

DE

TRANSLATIONE DOMINII IN CONTRACTV AESTIMATORIO.

§. I.

Generale monitum circa hanc materiam.

SOlent alias Dd, quando controuerſias maximi vel alicuius momenti aggrediuntur, præmittere quædam de ſpinoſa difficultate thematis propoſiti & de Doctorum mirifico diſſenſu circa illam. Verum id quidem in præſenti themate non adeo mihi integrum eſt, poſtquam pauciſſimi hanc controuerſiam ex fundamentis genuinis eruere laborauerunt, imo pauciores vix eam attigerunt, vt adeoque eo magis inoffenſo pede me in hoc themate enucleando progredi poſſe arbitratus ſim, offenſus nullius auctoritate aut aliqua præconcepta opinione. Quo magis enim creſcunt Dd. diſſenſiones de aliquo themate, eo plura ſæpius impedimenta iniiciuntur, quo minus ad veritatis viam peruenire poſſimus. Vnde non adeo mirandum erit, ſi ma-

Digitized by Google

magnum Dd. aceruum pro vtraque ſententia pugnantem haud adducere poſſim, vt interim tamen, quæ dubia probabiliter hic adduci poſſent, non omittam.

Methodus tractandi thematis.

§. II. Ceterum vt propoſitæ quæſtionis enucleatio eo clarior & dilucidior appareat, altius paulo rem repetere, & naturam totius negotii perluſtrare cogor. Quia enim animaduerti, in ipſo negotio contractus æſtimatorii supereſſe plures ſcopulos ante ſuperandos, vel a Dd. non ſufficientur remotos, hos limites mihi ipſi circumſcribo, vt (1) breuiter naturam negotii perſpicue exhibeam, & ab aliis negotiis affinibus diſtinguam, & deinde ipſam quæſtionem propoſitis dubiis reſoluam (2) ex legibus Romanis, (3) etiam ex praxi, & ſubinde (4) concluſiones ex reſoluta quæſtione deducam.

Origo huius contractus oſtenditur.

§. III. Dum itaque ante omnia rem hanc ex negotii ipſius natura eruere ſtudeo, merito quantum fieri breuibus poteſt, naturam contractus æſtimatorii intueri & examinare neceſſe erit. Origo huius negotii videtur dependere partim ex origine emtionis venditionis, partim ex origine ciuitatum conſtitutarum, quia in ciuitatibus fere principaliter ſolet frequentari hoc negotium. Quod ad originem emtionis venditionis attinet, ſatis eleganter eam exprimere videtur ICtus in *l. 1. ff. de contr. emt. vendit.* oſtendens, olim venditionem fuiſſe incognitam, & vnice permutatione mutua alterum alterius indigentiæ ſubueniſſe, & ſic reſpicit ICtus ad ſimpliciora gentium tempora, vbi adhuc innoxio vitæ genere ruri viuebant, & ex agricultura vitæ ſubſidia quærebant. Vnde & Tacitus de Germanis interioribus adhuc ſuo tempore aſſeruit *de morib. German. c. 1.* quod *ſimplicius & antiquius permutatione mercium vtantur.* Quo ſimplicius enim viuitur & facilius indigentia mutua ſuppleri poteſt,

eo

Digitized by Google

eo magis pecunia carere poſſumus. Vnde etiam eo tempore *contractum æſtimatorium* fuiſſe incognitum, non vlteriori indiget declaratione, quia, vt mox oſtendendum erit, vnice hoc negotium per venditionem celebratur, imo eſt quædam emtionis venditionis ſpecies. Addit vero porro ICtus difficultatem permutationum anſam dediſſe ad eligendam eiusmodi materiam, cuius perpetua eſſet æſtimatio, & ſic introductam eſſe emtionem venditionem. Neque vero adeo difficile eſt cauſas huius difficultatis eruere, ſi modo ad ea, quæ iamiam dicta ſunt, reſpexerimus. Videlicet difficultas permutationum non dependet ex *natura ipſius negotii*, quamuis id velit Paulus in *cit. l. 1.* ſed potius *ex ſtatu hominum corruptiori*, & ſemper in deterius ruente. Cum enim ſimplicior vita paucioribus contenta transmutaretur in luxurioſam & ambitioſam, & ita homines variarum rerum copiam ambirent, indigentia adeo aucta fuit, vt iam non amplius permutatio ſola ſufficiens eſſe potuerit. Hinc alia varia negotia orta, quod Germanorum vitam ſimpliciorem relinquentium exemplo eleganter illuſtrat Conring. *de vrb. Germ. th. 78.* Inprimis vero ciuitatibus introductis, negotia inter homines multiplicari debuerunt, cum, quo maior indigentiæ naſcitur occaſio, eo magis quoque hominum animi intenti ſint ad ſupplendam hanc indigentiam, tum vero nullibi magis ambitio & luxus dominatur, quam in ciuitatibus; quid ergo mirum, ſi nullibi magis commercia exerceri cœperint, quam in ciuitatibus, & ſic emtiones venditiones ita inualuerint, vt permutationis vſus inde rarior fieret, deſerta & abiecta plane vita ſimpliciori.

Origo emtionis venditionis.

§. IV. Commercia itaque pretio *eminenti* ſemel introducta admodum variare cœperunt, prout auaritia luxu-

Introducta varia emtionum

ſpecies ex indigentia ortæ.

luxuria & ſuperbia quotidie hominum genus magis magiſque corrupit. Et quidem emtio venditio vel omnibus hominibus communis facta, vel peculiaris certis aſſignata hominibus in certis mercibus. Illa ad *domeſticas* & alias neceſſarias indigentias ſupplendas ſpectat, & inde vocatur *œconomica*, hæc vero in ſpecie *mercatura* dici cœpit, & peculiari generi viuendi attributa eſt, quod inprimis in ciuitatibus frequentari ſolet. *Prior* emtio venditio, quatenus non denotat peculiare genus viuendi, vel fit ab ipſis rerum dominis, vel ab aliis ad hoc negotium ſpecialiter deputatis, qui recipiunt ſub certa æſtimatione rem aliis vendendam vel ſibi retinendam, vel reſtituendam.

Summaria deſcriptio contractus æſtimatorii,

Cum enim ſæpius contingere poſſit, vt quis res ſuperfluas habeat, vel etiam pecunia indigeat, vt hinc ex neceſſitate res quaſdam mobiles pretioſas alienare neceſſe habeat, & vero ratio decori, ambitionis vel alterius impedimenti non permittat, vt ipſe dominus per ſe illas aliis ad emendum offerat, hinc nouum inde exortum eſt viuendi genus, vt quidam vel *priuata* auctoritate, vel *publica* hoc negotiũ in ſe ſuſciperent, & ita res illas æſtimatas a dominis rerum ſuſciperent aliis vel vendendas, vel ſibi retinendas, vel reſtituendas. Harum autem perſonarum vt plurimum hæc conditio eſt, vt ſub fide ſilentii adſtringantur, ne, quinam harum rerum vendendarum fuerint domini, emtoribus indicent, quia plerumque ita ambitioſi ſunt homines, vt turpe ſibi ducant res quaſdam pretioſiores alienare, cum talis alienatio aliis indicium facere poſſit, talem hominem eſſe valde indigentem, cum tamen plerique ambiant diuitias, & pro diuitibus haberi velint. Hinc cum eiusmodi hominibus non aliter ſolet contrahi ac quidem cum ordinariis mercatoribus, vbi non disquiritur, a quibus merces has vel illas, fide habita

Digitized by Google

ta acceperint, an proprio nomine merces vendant, an ex commiſſione alterius mercatoris: ſimpliciter quippe ſequimur fidem mercatoris. Cum vero porro rarius homines ſoleant pretioſa alienare, hinc ſimul eiusmodi perſonæ ad hoc adhiberi cœperunt, vt res aliorum ſub pignoris nexu aliis tradant, accepta loco eius pecunia mutua eis, quorum intereſt, reſtituenda, vbi itidem non ſollicite disquiri ſolet, aut oportet, quis ea pignora dederit, ſed etiam huius feminæ fides hac in re ordinarie reſpicitur, quaſi ipſa res oppignoraret in proprios vſus & commodum. Nam & hic aliquid indulgendum eſſe vanæ ambitioni hominum puto. Vt itaque huiusmodi homines, qui alias *propolæ* dicuntur, duplici officio fungantur, (1) *vt res æſtimatæ pro certo pretio vendendas accipiant*, (2) *vt res aliorum nexu pignoris ſupponant & ſubiiciant.*

Differentia propolarum ab arbitratoribus.

§. V. Quod primum attinet negotium, omnino ſeparanda ſunt alia negotia ab hoc contractu, ne a diuerſis ad diuerſa argumentum ducatur. Et primo quidem huc non pertinent *arbitratores*, quibus mediantibus res ſæpe diuenduntur. Hi enim tantum eum in finem adhibiti ſunt, vt principaliter contrahentibus inſeruiant *mediatorum inſtar*, & aliquando dubium aliquod in emtione definiant, veluti ſi pretium in tertii arbitrium eſt collocatum, vt ille ex peritia, qua inſtructus eſt, illud determinet. Hic enim nihilominus ipſe rerum dominus eſt venditor, & negotium principaliter inter emtorem & venditorem abſoluitur.

Diſtinctio mandati de vendendo a contractu æſtimatorio vulgaris reiicitur.

§. VI. Porro quoque ſedulo cauendum, ne *mandatum de vendendo* confundamus cum hoc negotio. Sæpe enim aliis, qui alias huic viuendi generi ſe non addixere, mandatum dari ſolet, vt res alterius nomine alienent, & quidem illud tunc facillime dignoſcitur, ſi res *in genere* ad ven-

vendendum pro *iuſto pretio,* non adiecta ſpeciali æſtimatione, datur id quod tamen ad præſens negotium, de quo hic agimus, pro forma & eſſentia requiritur. conf. Hahn. *ad Weſ. ad Tit. de æſtimat. n. 5.* Sed in eo latitat maior difficultas, quando quis mandatum accepit de re vendenda pro *certo determinato pretio,* qua ratione tunc diſtinguatur a *contractu æſtimatorio.* Nam tale mandatum dari poſſe perſpicuum eſt ex *l. 5. §. 3. ff. mandat.* vbi caſus de eo, qui mandauerat alteri, *vt fundum ſuum venderet centum,* ex quo negotio mandati actionem dari aſſeritur. Aſt vero ſi res vendenda æſtimata detur, oritur inde contractus æſtimatorius, imo negat ICtus mandatum inde oriri *l. 1. ff. de æſtimat.* Miratus certe ſum, a plerisque Dd. hoc dubium intactum & inexcuſſum eſſe relictum. Equidem Dn. Schwendendorff. *de contract. æſtimat. §. 6.* in eo differentiam mandati ab hoc negotio quærit, quod mandatum ſua natura ſit gratuitum, huic vero negotio merces accedere poſſit. Hactenus bene. Sed quid ſi merces non accedat, an itaque tunc eſt mandatum? Neque enim merces ſemper accedere debet. Et quid ſi acceſſerit, eſtne tunc potius locatio conductio, nam illa recipit mercedem. Ex eo itaque, quod recipiat mercedem, non diſcernitur ab aliis negotiis. Addit vero, accipientem non teneri præciſe rem vendere, quod tamen in mandato ſtricte requiritur *l. 46. l. 5. ff. mand.* Sed hoc ipſo non tollitur dubium ex *l. cit. 5. §. 3.* deſumtum. Ponamus Caium in mandatis Meuio dediſſe, vt ædes ſuas *centum* venderet. Quid itaque iuris, ſi ædes vendere non poſſit, an itaque ſtricte obligatur ad ædes vendendas? Et quid ſi ipſe ædes retinere velit pro hoc pretio, annon hoc ei erit permiſſum. Sine dubio itaque negotii natura hoc indicat, vt vel pretium vel ſi vendere non poſſit, ipſas ædes reſtituat. Nam & mandatum ſub alter-

alternatiua obligatione ſubſiſtere poteſt. Qui enim, ſi Meuius Seio in mandatis dedit, vt vel transactione vel legitimo proceſſu controuerſiam decidat, vel: vt certam rem emat, vel pretium reſtituat, nonne & hoc caſu alternatiue obligatur, & mandatum verum ſubeſt? Ergo euidens eſt naturam mandati & contractus æſtimatorii exinde dignoſci non poſſe.

§. VII. Tentabo itaque, an alia via ſcopulos hoſce vitare poſſim. Certe potiſſimam differentiam ſpecificam a forma & eſſentia rei petendam eſſe, logici optime tradunt. Iam contractus æſtimatorii eſſentia fundatur *in æſtimatione determinata*, adeoque ex huius natura vtriusque diuerſam rimari naturam conueniens erit. Scilicet varie æſtimatio conſiderari poteſt, prout varie determinatur. Vel enim *a lege*, vel *a iudice*, vel *a priuatis* determinatur. Si *a priuatis*, tunc vel *ſolitarie* ab vna parte vel per *conuentionem*. *Priorem caſum* hic non tangimus, ſed pertinet vel ad *affectionem*, vel ad *diſpoſitionem teſtamentariam*. De *poſteriori* hic ſumus ſolliciti, cum agamus de contractibus vtriusque paciſcentium conſenſu conſtantibus, & hæc æſtimatio dici ſolet *conuentionalis*, quatenus conſenſu vtriusque eſt definita. Poteſt vero hæc æſtimatio fieri duplicem ob finem, vel vt conſtet, quanti res ſit, ita vt ſi forſan poſtea æſtimatio ab altero præſtanda ſit, ſtatim rei pretium in promtu ſit, & alter, ad quem res ſpectat, liberetur ab onere probandi, vel etiam vt alter certum rei pretium ſcire poſſit, cuius forſan intereſt, illud ſcire, & tunc æſtimatio dicitur *taxationis gratia* eſſe facta: vel etiam ob hunc finem, vt alter pro hac æſtimatione rem illam ſibi habere debeat & æſtimationem præſtare, & tunc eſt vera emtio venditio: vel ita, vt tradens eius arbitrio committat, vtrum rem acceptam

Vera differentia eruitur.

Varia conſideratio æſtimationis.

Æſtimatio fit vel taxationis gratia,

vel venditionis gratia.

reddere, an vero æſtimationem conuentam præſtare velit, & tunc *quaſi venditio* videtur interueniſſe, hinc æſtimatio *venditionis gratia* adiecta videtur.

Declaratur diſtinctio ex legibus.

§. VIII. Quæ res vt eo clarior euadat, placet illam ex ipſis argumentis rerum deducere & illuſtrare. Res dotalis marito dari ſolet ſæpe ſub certa æſtimatione: Sed prout dictum duplici ratione. Si conuenerit, vt maritus aut rem dotalem aut æſtimationem præſtaret, venditionis gratia cenſetur adiecta æſtimatio, & maritus eliget, vtrum rem malit offerre, an pretium verum, niſi aliud actum *l. 10. §. fin. ff. de iure dot.* Ex quo apparet veram characteriſticam notam huius æſtimationis conſiſtere in *obligatione alternatiua*, etiamſi debitori nequidem electio ſuperſit. Nam, vt pergit ICtus, *ſi res non extet, æſtimationem omnimodo maritus præſtabit*, adeoque cum mulier æſtimationem eligere poſſit, merito venditionis cauſa pretium adiectum cenſetur. Ex quo patet, vix approbari poſſe ſententiam Mauritii *diſſ. de æſtimat.* §. 23. aſſerentis, emtionis loco tunc demum æſtimationem adiici, quando valor rei exprimitur & conuenit, vt non res reſtituatur, ſed illud pretium, quod illis rebus fuit conſtitutum. Nam ſic vera iam eſt *ab initio* emtio, cum tamen hic requiratur, vt alternatiue quis obligetur, quod vlterius apparet ex *l. 1. §. 1. de æſtimat. l. quotiens 5. C. eod.* vbi dicitur, *quod retinere poſſit illas res, ſi pecuniam vxori offerat.* Ex quo concludo, poſſe eandem etiam non retinere, ſi pecuniam vxori offerre nolit. Vnde poſſet dici, quod hoc caſu ſit *euentualis venditio*, hoc tamen efficiens, vt periculum in maritum transferatur, *arg. l. 1. §. 1. de æſtimat. act.*

Exempla æſtimationis ta-

§. IX. Ceterum ſi conuenerit, vt ipſa res præciſe reſtitueretur, non vero ita in mariti libero arbitrio colloce-

locetur, tunc eſt tantum taxationis gratia pretium adie-ctum. Eleganter hoc declaratur in *l. ſi inter virum 21. C. de iur. dot.* vbi inter virum & vxorem ſequens pactum initum erat: vt *ſi matrimonium intra quinquennii ſorte tempora quoquo modo eſſet diſſolutum, ſpecies æſtimatæ doti datæ pretiis, quibus æſtimatæ ſunt, redderentur.* Quæſtio exſurgebat, vtrum venditionis, an vero taxationis cauſa eſſet adiecta æſtimatio? Et reſpondent Imperatores, taxationis gratia adiectam cenſeri debere. *Manifeſtum eſt,* inquiunt, *non pretia ſpecierum dari, ſed ipſas ſpecies debere reſtitui: cum in placitis ſpecierum reddendarum idcirco pretiorum nomen videatur annexum, ne ſi ſpecies aliqua deminuta fuiſſet, aut perdita, alio pretio, quam quo taxata fuerat, repoſceretur.* Ex quo concludo (1) hoc in caſu principaliter intendi inter partes, vt ipſæ res tradantur, ſecundario vero & per accidens, vt pretium determinatum, (2) obligari maritum hic quoque alternatiue, ſed non eodem modo, vti in caſu præcedenti. Nam hic primario obligatur ad rem in ſpecie reſtituendam, adeo vt nec illam poſſit retinere, oblato pretio, ne aliud pro alio ſoluatur: ſecus ac in priori caſu, ſecundario autem & in ſubſidium demum ad determinatam quantitatem obſtrictus eſt, ad quam alias quoque non adiecta æſtimatione iam erat adſtrictus, ſed ne poſtea de æſtimatione litigetur, maioris ſecuritatis gratia ſtatim adiicitur. Vnde non idem effectus hic reſultant, qui reſultabant ex priori caſu.

xationis gratia adiecta.

§. X. Sed idem quoque in aliis negotiis, vbi non æque agitur de dominio quodam transferendo, contingere poteſt, hoc modo: loco vel commodo tibi equum meum, quem nollem vendere viginti aureis, certe ſi æſtimatio hoc caſu faceret venditionem, ſequeretur, vt ſi equo vitium accideret, imo ſi funditus per caſum aliquem

Alia exempla adducuntur.

fortui-

Digitized by Google

fortuitum periret, periculum ad conductorem pertineret, perinde ac ſi illum equum emiſſet. Quod ſi autem illa æſtimatio non induceret venditionem, contractus maneret in ſua natura, ſiue in finibus locationis & commodati, in quibus contractibus, ſi dolum & culpam præſtat, non tenetur de aliis damnis caſu fortuito emergentibus. Diceres, vnde cognoſcere poſſum, quando æſtimatio pariat venditionem? illud iam ſatis colligi poteſt ex iis, quæ §. anteced. dicta, & eodem modo ad hunc applicari caſum debent. Simile exemplum occurrit in *l.3.ff. loc.* vbi fundo locato cuipiam colono inſtrumentum ruſticum æſtimatum eſt datum, & dicitur ibidem, *illud inſtrumentum ruſticum videri veluti emtum.* Quando itaque non obſtante æſtimatione, res nihilominus reſtitui debet, illa non parit venditionem, ſed vti modo dictum, hunc in finem tantum adiecta cenſetur, vt colonus ſciat, in quantum conueniri poſſit, ſi inſtar boni patrisfamilias fundum conductum non adminiſtrauerit: E contrario autem, ſi alternatiue æſtimatio adiecta ſit, vt colono liberum videatur, an pretium an rem velit reſtituere, tunc æſtimatio eſt venditionis cauſa adiecta.

Vnde colligatur, an æſtimatio venditionis, an taxationis gratia adiecta ſit.

§. XI. Verum cum non ſemper conſtet, an æſtimatio facta fuerit, tanquam venditio, an vero tanquam taxatio nuda, recurrendum eſt ad probabiles coniecturas, & inprimis videndum, quid actum ſit inter partes: de quo ſi non conſtet, præſumendum eſt in dubio, venditionis gratia eſſe adiectam æſtimationem, ſi contractus per ſe ſit dominii translatiuus, niſi ex mente paciſcentium aliud appareat. Hinc ſi contractus in ſcriptis fuerit celebratus, inſpiciendum præcipue ad præfationem, ex qua ſtatim colligitur mens & voluntas paciſcentium, nam in illa tenor contractus ſemper præmitti ſolet. conf.

Dn.

Dn. Io. Sam. Stryk *de iure præfat.* In aliis vero contractibus, vbi non agitur de dominio transferendo, magis iuxta naturam propriam contractus concludendum eſſe puto, partes potius voluiſſe æſtimationem adiicere taxationis cauſa.

§. XII. Ceterum vt in viam redeamus, non credendum eſt, tunc ſtatim fieri contractum æſtimatorium, ſi alicui negotio æſtimatio venditionis cauſa eſt adiecta, aut vbi quis alternatiue obligatur vel ad rem reſtituendam vel ad pretium: ſed negotia bene ſunt diſtinguenda: aut enim negotium propriam iam habet naturam, & ei tantum per pactum adiectum adiicitur æſtimatio, & ſic vel manet negotium in ſuis terminis & ſubſtantia propria, vel in aliud degenerat. Hoc tunc contingit, quando præciſe ita æſtimatio adiicitur, vt non res, ſed præciſe æſtimatio reſtituatur: nam ſic eſt vera emtio venditio, & partes potius aliud videntur ſimulaſſe negotium, v. g. quando quis locat ædes ſub tali conditione, & ſic hoc caſu etiam actio emti venditi locum habet. *l. 1. C. de iure dot. l. 16. ff. eod.* Illud vero contingit, ſi alternatiue ita æſtimatio adiicitur, vt antea dictum, & tunc quidem quodammodo natura negotii alteratur, ſed manet tamen ipſum negotium in ſua ſubſtantia, adeoque ſi ita eſſent locatæ ædes, vt vel ipſæ ædes vel mille reſtituerentur, non actio emti venditi, ſed potius actio locati conducti competeret, electione debitori ſalua. Non enim *in totum mutatur* natura negotii, ſed tantum *quodammodo alteratur* & irregularis redditur, quo caſu tamen non amittit ſtatim omnem ſuam naturam *arg. l. 24. depoſ.* multo minus eſt contractus æſtimatorius, quamuis enim etiam hic ſubſit alternatiuus modus obligandi, tamen illud obſtat, quod hic agatur de *negotio ſuam propriam naturam*

Æſtimatio venditionis gratia adiecta non ſemper facit contractum æſtimatorium.

ram habente, cui tamen per accidens tale pactum adiicitur. Tunc vero demum contractus æſtimatorius ſubeſſe intelligitur, quoties quis hoc modo obligatur, *vt tamen negotium ad nullum aliud per ſe ſubſiſtens & propriam habens naturam, referri poſſit*, ceu quoque oſtendit ICtus in *l. 1. pr. ff. de æſtimat.* Eſt itaque *CONTRACTVS AESTIMATORIVS, quo res alicui, qui ordinarie tale negotium ſuſcipere ſolet, vendenda datur ſub certa & determinata æſtimatione, ita videlicet, vt ei liberum relinquatur, velitne ipſam rem, an vero æſtimationem præſtare.* Quamuis itaque poſſit dici, illum in ſe continere *euentualem* venditionem, tamen talis non hic cum ipſa actuali venditione confundenda.

Quando contractus æſtimatorius ſubſit.

Diſtinctius oſtenditur, qua ratione a mandato de emendo differat.

§. XIII. Ex his ſuppoſitis facile iam colligi poſſe videtur, qua ratione hoc negotium a *mandato*, vel etiam *locatione*, ſi merces acceſſerit, differat. Iam oſtenſum, in hoc negotio per eſſentiam requiri, *vt quis alternatiue obligetur vel ad pretium, vel ad rem reſtituendam.* Vbi vero talis occurrit æſtimatio, ibi ſemper *venditionis cauſa* æſtimatio adiecta dici debet. Et ſic concludo, *in contractu æſtimatorio adeſſe æſtimationem venditionis gratia.* Aſt ſi tantum mandatum interuenit, & de hoc conſtet, vel etiam locatio conductio, tunc æſtimatio tantum *notitiæ gratia* adiicitur, vt alter poſſit eo rectius fines mandati obſeruare, ita, vt ſi res non poſſit vendi pro illo pretio, præciſe domino reſtituenda ſit, imo ſi poſſit maiorem ſummam pro illa re accipere, & ad hanc quoque reſtituendam ſimul obigetur. Res itaque ex *intentione agentium* eſt diiudicanda, vtrum contractum æſtimatorium, an mandatum de vendendo gratis inire voluerint.

Ex quo poſſit concludi, magis eſſe celebratum mandatum,

§. XIV. Melioris declarationis gratia hic quasdam adducere lubet circumſtantias, ex quibus concludi poteſt, magis eſſe celebratum mandatum vel locationem,

nem, quam æſtimatorium contractum. Primo ante omnia reſpiciendum *ad conditionem perſonæ*, cum qua negotium celebratur. Quodſi enim quis amicum proficiſcentem Lipſiam rogaret, vt horologium ſuum ipſi datum ibi vendere curaret pro 50. thaleris; hic ſi nulla merces interuenerit, eſt mandatum, quod gratis & ex mera beneuolentia expeditur: ſi autem promiſſa fuerit, degenerat in contractum locationis conductionis, quia pro præſtanda opera videtur data. Quodſi vero eiusmodi perſonis negotium fuerit commiſſum, quæ publice res vendendas in foro circumferre ſolent, contractus æſtimatorius cenſetur initus. Effectus conſiſtit in eo, ſi mandatarius tanquam amicus meus nec talem publicam negotiationem exercere ſolitus rem vendendam pluris præter mandantis opinionem vendiderit, nihilominus omne pretium reſtituere tenetur, vti etiam locator operarum pro accepta mercede: Ex aduerſo autem, ſi propola plus accipiat, non vlterius obligatur, quam prout pretium fuit determinatum, niſi in ſpecie conuentum, vt ſi vltra pretium conſtitutum acciperet, illud reſtitueret. Parem in modum quoque ſi expreſſe dans dixerit, er ſolle die Sachen feilbieten / wenn er aber einen Kauffmann darzu hätte / ſo ſolte er kommen / und es ihm erſt anſagen / dieweil er alsdenn erſt ſich reſoliuren wolte / ob er es noch verkauffen wolte / quis dubitaret, hic nudum mandatum vel locationis contractum celebratum eſſe. Idem dicendum eſſe arbitror, ſi ita placuerit inter partes, daß wenn er es nicht verkauffen könte / ſo wolte er es præciſe wiederhaben / und ſolte er es nicht behalten können / tunc contra pactum agere nequit, ſed ſi emtorem inuenire non poteſt, abſolute ad rem reſtituendam compelli poteſt ex mandato vel locato conducto. Poſſet enim dantis

quam contractum æſtimatorium.

tis intereſſe, ne accipiens rem ſibi retineret pro pretio præſtituto & determinato, quod forſan timendum ſit, ne ipſe ita commode pretium ſoluat, vti alius, vel ſi quis malit rem potius Titio vendi, quam alii, quia itidem hoc caſu merum ſubeſt mandatum; cum danti non liberum ſit, illam rem ſibi retinere. Sic quoque, & tunc ſubesſe mandatum reor, ſi procuratori meo ordinario rem vendendam dedero, quia *ſub illa qualitate* cenſeor ei hoc commiſiſſe, vti alia mea adminiſtrat negotia. Item ſi non præciſe certam adieci æſtimationem, ſed tantum obiter dicens, er ſolte ſehen/ ob er etwa die Uhr vor 50. oder 60. thlr. ausbringen könte/ weniger möchte ich wol nicht nehmen/ nam & tunc venditio eſſe nequit, nequidem euentualis, quia adhuc non conſtat de certo & determinato pretio, quod tamen requiritur.

Ex qualitate perſonæ etiam cognoſcitur, vtrum contractus æſtimatorius ſit initus.

§. XV. Sicuti itaque ex qualitate perſonæ, qua cum contrahitur, & modo, quomodo contrahitur, colligi poteſt, qua ratione mandatum initum ſit: ita quoque pariter ex qualitate perſonæ colligitur, quod non mandatum, ſed contractus æſtimatorius initus ſit. Et hoc tunc puto in dubio præſumendum eſſe, vbi quis cum eiusmodi femina contrahit, quæ huic viuendi generi publice ſe addixerit, vt res vendendas æſtimato pro certo pretio accipiat, quia ex perſonarum qualitate optime diiudicatur de negotii natura. Neque enim in eiusmodi perſonis mandatum intuemur, ſed ordinarie cum ipſis contrahitur, vt cum principalibus rerum dominis, experientia teſte.

Quid in dubio dicendum, an mandatum ſit celebratum, an vero contractus æſtimatorius.

§. XVI. His igitur præſuppoſitis, quæſtio exſurgit, qualis contractus in dubio intelligatur, ſi alicui res æſtimata pro certo pretio vendenda fuerit data; an magis dicatur mandatum, quod gratis ſuſcipitur, an vero con-

conductio certæ operæ, an denique contractus æſtimatorins? Profecto ſi ab omnibus hactenus in §§. antecedentibus adductis circumſtantiis plane abſtraham, tale negotium ad contractum æſtimatorium tuto referri poſſe exiſtimo. Indubitatum enim (1) eſt, ipſos ICtos Romanos valde ſuper hoc negotio diſputaſſe, & in dubium vocaſſe, cuinam contractui talis actus ſimilis eſſe poſſit; aliqui putarunt, quod hoc caſu, cum alicui res æſtimata vendenda tradita, competat contra accipientem actio ex vendito propter æſtimationem huic negotio adiectam, cum in dubio omnis æſtimatio efficiat, vt res habeatur vendita; alii vero ex locato vel conducto quaſi alterius opera rei vendendæ gratia eſſet conducta; alii denique quod ſit contractus mandati, quaſi mandatum vendendi alter habuiſſe videatur. Verum perſpectis omnibus circumſtantiis optime diiudicabant, hoc negotium ad neutrum exacte referri poſſe, atque adeo *dubitationis tollendæ & declinandæ vlterioris controuerſiæ gratia* actionem de æſtimato ſeu præſcriptis verbis dederunt, cum alioquin danda fuiſſet nominata actio, ſi nominato contractui hoc negotium conueniſſet. Hinc optime concludit ICtus *in l. 1. ff. de æſtim.*, melius viſum fuiſſe actionem ſpecialem ex hoc negotio dare, pergens ita: *Quoties de nomine alicuius contractus ambigitur, conuenit tamen aliquam actionem dari propter æquitatem ſingularem, quæ concurrit, dandam æſtimatoriam præſcriptis verbis actionem.*

Ratio prima, quod ſit contractus æſtimatorius in dubio dicendus.

§. XVII. Vnde iudicari poteſt facillime, quid reſpondendum illis ſit, qui hoc negotium ad peculiarem contractum referre volunt, inter quos quoque deprehendo Dn. Titium *in obſeruat. ſuis ad Lauterb. tit. de æſtimat.* qui arbitratur, hunc contractum duplici modo intelligi debere vel *pro tali negotio, quo certo pretio æſtimata ven-*

An contractus æſtimatorius ſit ſeparatum negotium.

Digitized by Google

vendenda datur, vt vel pretium ſoluatur, vel venditione non ſecuta res ipſa reddatur; vel etiam *pro tali, vbi non tantum præcedens tractatus intercedit, ſed & ipſi accipienti euentualiter res venditur, ſiue ille vel ad rem reddendam, vel ad pretium ſoluendum obſtringitur. Prior contrahendi modus,* inquit, *periculum rei acceptæ non transfert, bene vero poſterior,* licet & hunc in dubium adhuc vocet, cum vt is, qui operas ſuas principaliter promittit, rei periculum ſuſtineat, id extraordinarium, nec temere præſumendum ſit

Reſpondetur dubiis.

§. XVIII. Verum reſponderi poteſt ex ipſa veterum ICtorum intentione, vtpote qui ipſi animaduerterunt, huic negotio aliquid ſingulare ineſſe & longe differre a reliquis negotiis. Idcirco, cum ipſis ſatis liquidum non videretur, an emtio, locatio, vel mandatum ſubeſſet, ſingularem actionem huic negotio dederunt, & ad actionem præſcriptis verbis prouocarunt, ceu quæ ſemper in dubio, ſi de contractus vel actionis certo nomine non conſtat & plane incertum ſit, quale negotium inter partes fuerit conuentum, locum vindicat.

Habet peculiarem actionem & naturam.

§. XIX. Et hinc apparet, quod, ſi negotium hoc non eſſet diſtinctum ab aliis, peculiarem & plane ſeparatam actionem non accepiſſet, nam ſecundum philoſophos diuerſus effectus ſemper teſtari debet de diuerſa cauſa, & certe abſurdum foret concedere, eſſe emtionem, & tamen inde non dare actionem emti venditi ordinariam. Et denique eodem iure, quo emtio venditio dicitur, dici etiam poſſet locatio vel mandatum, quia æque quoque ab illis negotiis aliquid participat, & tamen proinde non debet ſtatim dari actio mandati vel locati: conſtat quoque ex iis, quæ de origine huius negotii dicta ſunt, plane eſſe diuerſum negotium hunc contractum ab emtione venditione ordinaria, quamuis

Probatur id vlterius ex natura huius negotii.

Digitized by Google

uis in quibuſdam analogiam cum ea habeat: minus accurate itaque cum ea confunditur. Et fatetur ipſe laudatus Auctor ineſſe huic negotio euentualem emtionem, quo ipſo fateri neceſſario debet, non eſſe ipſam venditionem. Et repugnat plane naturæ emtionis venditionis hæc *alternatiua obligatio*, quæ in contractu æſtimatorio occurrit, cum tamen ſecundum ordinarias regulas emtionis venditionis emtor præciſe ad pretium ſoluendum obligetur: & ſic ſi eſſet emtio venditio, poſſet cogi propola, vt pretium ſolueret & rem retineret, quod eſt contra naturam huius contractus.

§. XX. Deinde quoque (II) ordinarie in quauis ciuitate, vbi eiusmodi feminæ reperiuntur & approbantur, illisque res æſtimatæ pro certo pretio vendendæ traduntur, ſimpliciter tales res earum fidei concredi ſolent, ex ea vnice intentione, vt illas pro pretio determinato vendant, & poſtmodum pretium danti ſoluant. Hinc, qui animum habet rem ſuam alienandi, tunc ex eo cognoſci facillime poteſt, ſi rem alienandam talibus feminis pro certo pretio dederit; per conſequens ergo non mandatum nudum hic concipi poteſt, ſed hic contractus æſtimatorius; nam eo ipſo dum rem tradidit, magis reſpexit ad pretium, quam ad reſtitutionem rei vendendæ, & inſuper accipientem primario voluit eſſe obligatum ad ſolutionem pretii, ſecundario autem & ex accidenti ad redditionem rei, ſi non vendi poſſit. Verum vti in dubio ſemper id præualet, quod vt plurimum accidit, & omnis interpretatio facienda eſt contra eum, qui clarius loqui debuiſſet *l. 39. ff. de pact.* ita etiam cum ordinaria huius negotii natura cum talibus feminis inita ſic comparata ſit, vt ſi ipſis res æſtimata vendenda data, potius intelli-

Nouum argumentum, quod in dubio non poſſit mandatum præſumi hoc caſu.

telligatur contractus æſtimatorius, quam aliud negotium, ea propter ſibi imputare debet eiusmodi dans, quare in concedenda re alteri vendenda clarius non fuerit locutus.

Tertium argumentum. §. XXI. Accedit (III) & hoc, quod paciſcentes cautiores & omnia exprimere debeant, quo cuilibet conſtare poſſit, quale pactum inter ipſos fuerit celebratum. Nam ſi eſt mandatum, tenetur eiusmodi femina producere mandatum, cum nemini alterius negotia gerenti absque mandato credatur, quo exinde videri poſſit tenor mandati; alias enim quam facillime illi, qui cum talibus feminis contraherent, decipi poſſent, quod tamen fieri non debet, imprimis cum tales feminæ publicam ſoleant habere fidem, nec quisquam opus habeat explorare ſollicite, vnde eiusmodi res acceperint, ſed ſufficiat modo ipſis vendendæ fuerint datæ. Quod ſi autem mandatum eſſet, auctorem denominare tenerentur, cum in mandato magis reſpectus ad mandantem quam mandatarium habeatur; inſimul ſi merum mandatum interueniret inter dantem & accipientem, & hic fines mandati excederet, tertius nunquam ſecurus eſſet, ſed dominus illam rem ſemper reuocare poſſet, & tertius ſibi imputare deberet, quod non cautius mercatus fuiſſet.

Quartum argumentum. §. XXII. Porro (IV) ſi tale negotium in dubio indiſtincte præ ſe ferret naturam mandati, accipiens non teneretur de periculo, cum ad illum ordinarie ſpectare debeat rei periculum, qui alicuius rei dominus eſt, mandatarius vero illius rei, quæ ipſi demandata, nunquam ſit dominus, ſed tantum procurator rei alienæ eſt, (vnde quoque differt a procuratore in rem ſuam) conſequens eſt, quod non teneatur de periculo. Illuſtr. Dn. Stryk *de Caut. Contr. S. 2. c. 11. §. 22.* At vero ſi præſens negotium,

vti

vti hactenus a nobis deſcriptum eſt, conſidero, tunc apparet periculum eſſe accipientis, dum æſtimatio idcirco interuenit, vt pretium ſoluat & rem quaſi emtam habeat per *l. 2. ff. de æſtimat.* In genere enim ita iuris eſt, vt in alternatiua obligatione res altera pereat ei, qui illam præſtare debet, etiamſi res alternatiue vendita fuerit, *l. 34. §. 6. de contr. emt. vend.* conf. Dn. Hert. *de elect. ex oblig. alternat. debitori debita ſect. 3. §. 4.* quod ita multo magis in præſenti negotio iuris eſſes debet, vbi itidem electio eſt debitoris. Id. *c. 1. Sect. 1. §. 4.* Hinc etiam (V) communiter hoc negotium ſolet ſeparari ab aliis negotiis, conf. Huber. *ad tit. cit. §. 2.* Struu. *Exerc. 25. th. 4.* & quotidie videmus eiusmodi feminas tales res publice vendere ſolitas peculiari nomine inſigniri & negotium hoc vulgo hauſiren auff den Trödel ſitzen dici vulgo. *Quintum argumentum.*

§. XXIII. Porro (VI) ſi negotium hoc ad mandatum in dubio eſſet referendum, æſtimatio tantum adiecta eſſet *taxationis gratia.* At vero hoc rurſus eſt contra naturam huius negotii, prout communiter iniri ſolet, vt & contra alternatiuam obligationem, vt modo dictum. Nam ita pariter tradens omni tempore rem commiſſam repetere poſſet, quamdiu nondum eſſet vendita, cum mandatum ſemper reuocari poteſt, re adhuc integra, & ſic pœnitentiæ locus eſſet, quod vero negat Ill. Dn. Stryk *in tract. de action. inueſt. S. 1. m. 7. §. 8.* cum danti non amplius liberum ſit, alteri electionem ſemel ex obligatione quæſitam interuertere, & rem præciſe repetere, cum alioquin *plus petitionis exceptione* merito remoueretur ſecundum *§. 33. I. de action.* Hinc quoque hoc in negotio alternatiue eſſe libellum concipiendum optime monet Godofredus *in not. ad l. 1. ff. de æſtimat.* conf. Carpz. *lib. 1.* *Nonum argumentum.*

Digitized by Google

Reſp. 106. n. 1. Formulam exhibet Schwendendorf *in tract. de act. expoſit. ſpecial. c. 3. m. 33.*

Progreſſus fit ad principalem quæſtionem, vtrum transferatur dominium in hoc contractu.

§. XXIV. Hæc fuſius eum in finem fuerunt deducenda, quia hiſce non recte iactis fundamentis de primaria quæſtione, in qua neruus totius diſputationis verſatur, recte iudicium fieri nequit, ſi enim ſimplex ſubeſſet mandatum, Domitiana foret quæſtio, ſcrutari, vtrum transferretur dominium, ſed cum iam fuſius deduxi, contractum æſtimatorium longe differre a mandato nec non locatione conductione, illumue neque ad priorem neque ad poſteriorem contractum commode referri poſſe, iam deuenio ad primariam quæſtionem huius diſputationis, *an nimirum in contractu æſtimatorio diſtincto ſcil. ab aliis hactenus enarratis negotiis, & ſi non conſtat, quod inter partes in ſpecie aliud fuerit actum, transferatur dominium in accipientem, ita, vt quodammodo de ea re accepta diſponere poſſit.* Plures negatiuam tuentur, inter quos refero Dn. Schwedendorf. *in diſput. cit.* Dn. Schilt. *ex. 32. §. 5.* & Dn. Titium *in dict. obſeruat. ad Lauterb. 627.* quorum hypotheſes lubet paucis in medium proferre atque examinare.

Prima ratio dubitandi.

§. XXV. Primum enim a diſſentientibus aſſeritur, quod omnis actus ſit æſtimandus ex intentione agentium. Iam vero in propoſito negotio intentio dantis eſſe non videtur, quod dominium transferre velit in accipientem nondum ſoluto pretio, ſed potius vt accipiens rem vendat, & acceptum pretium ſoluat: quatenus autem nondum eſt res vendita, illa nondum poteſt dici in alterum translata, ſed adhuc manere in priſtino ſtatu, vti fuit ante contractum. Accedit, quod animus transferendi dominii in dubio non præſumatur, niſi doceatur.

§. XXVI.

§. XXVI. Deinde (II) quamuis ab initio intendatur emtio venditio a paciſcentibus, dum datur res, quo illa pro determinato pretio vendatur, & ita animus & voluntas alienandi *euentualiter* adſit: attamen cum a neutra parte nondum in effectum deducta ſit plenum, nec dans ſe declarauerit, an in accipientem dominium rei vendendæ transferre, nec accipiens an pro determinato pretio rem acceptam retinere velit, illa alienatio tamdiu manet in ſuſpenſo, donec accipiens ſe declarat, ſe pro æſtimato pretio rem velle retinere & dans conſenſerit. Nam ſicut pendente conditione omnes effectus in ſuſpenſo ſunt, donec conditio extiterit, ita pariter illud, quod euentualiter fit, inſtar conditionis habetur, donec aliud appareat. *Regulariter*, inquit Dn. Schilter, *Ex. 32. §. 5. nondum translatum eſt dominium, quia recipiens non ſibi emit, & facultatem rem reddendi habet.* *Secunda ratio dubitandi.*

§. XXVII. Accedit (III) quod accipiens periculum rei æſtimato ita datæ non omnimodo ſuſtinere teneatur, ſed ſecundum Vlpianum *in l. 17. §. 1. de P. V.* variæ circumſtantiæ inter ſe diſtinguendæ ſint; Nam ita Labeo, *ſiquidem ego Te venditor rogaui, meum eſſe periculum, ſi tu me, tuum, ſi neuter, noſtrum: ſed duntaxat conſenſimus, teneri te hactenus, vt dolum & culpam mihi præſtes.* Ex hoc itaque textu dilucide liquet, in hoc negotio ad accipientem non indiſtincte redundare rei periculum, ſed vnice ſæpe tantum teneri ad dolum & culpam. Quod ſi igitur dominium in ipſum eſſet translatum, quæſtio eſſet Domitiana, an teneretur de rei periculo, cum ad dominum & deteriorationis & amiſſionis & interitus rei periculum pertineat, ſicut ad ipſum pertinet rei commodum *per §. 3. I. de emt. vend. l. 12. C. locat. l. 11. C. ſi cert. pet.* Brunnem. *ad l. 9. C. de pignor. act. n. 1.* Meu. *p. 1. D. 196. n. 5. & 6.* *Ratio dubitandi tertia.*

Digitized by Google

& 6. Dn. Io. Sam. Stryk *de immun. Domin. a periculo in præfat. Diſſ.*

Quarta ratio dubitandi. §. XXVIII. Ad hæc (IV) in hoc negotio non concurrit ipſa emtio venditio, alias enim non opus eſſet, vt illa prius vendenda traderetur, ſed ſufficeret, ſi modo dans traderet rem & accipiens ſolueret pretium, aſt cum in præſenti negotio tale non obſeruatur, falſa videtur eſſe hypotheſis, quod transferatur dominium, & incongruum eſſe videtur, quod communiter argumentum a veræ emtionis effectu ducatur ad hanc euentualem, cum talis adhuc ſubeſſe hic videatur differentia, vti inter actum perfectum & imperfectum, vid. Ill. Dn. Cocceius *de iure circa actus imperfectos.*

Quinta ratio dubitandi. §. XXIX. Porro (V) iuxta communem traditionem Doctorum liberum quoque eſt tradenti rem vendendam ante factam venditionem iterum repetere & impedire, quo minus accipiens citra eius voluntatem rem vendat, cum accipientis intereſſe non videatur, vtrum res vendenda ipſi data vendatur, an vero domino reſtituatur, exceptione itaque *tua non intereſt* repelli poſſet accipiens, ſi denegaret reſtitutionem: inſuper quoque ſi forte res iam iam vendita, & accipiens vltra pretium determinatum acceperit, etiam id, quod pretium conuentum excedit, tradenti præſtare & reſtituere accipientem teneri volunt, cum nullum lucrum alicuius rei ad illum ſpectare poteſt, cuius non eſt dominus. hic vero non adeſt dominium, igitur quoque abeſſe debet lucrum.

Sexta ratio dubitandi. §. XXX. Porro (VI) hoc negotium magis imitatur naturam tam mandati quam locationis conductionis, ſicut autem in his contractibus nullum dominium transfertur, ita & in hoc negotio, cum vel inſtar mandati

vel

Digitized by Google

vel locationis ſit, neque lucrum neque vllum dominium ad accipientem pertinere videtur.

Septima ratio dubitandi.

§. XXXI. Præterea (VII) licet vel maxime ſupponamus, dominium hic transferri poſſe ob emtionem venditionem, quæ ſic ſubeſſe intelligitur, tamen etiam ſic videtur translatio dominii impediri, quia non eſt habita fides de pretio. Iam vero ſicuti nequidem in vera emtione venditione transfertur dominium, vbi non habita fides eſt de pretio. §. *41. I. de R. Diuis.* ita multo minus in hoc contractu æſtimatorio, vbi tantum adeſt euentualis emtio venditio, præſertim cum regulariter fides de pretio habita non præſumatur, ſed in facto conſiſtat, & doceri debeat. vid. Dn. Stryk *de fide habita tot. c. 4.*

Vltimum argumentum, quod magis præſumatur æſtimatoriis contractus quam mandatum.

§. XXXII. Denique ex iure deduci non poſſe volunt, contractum æſtimatorium referri inter titulos transferendi dominium, licet nonnulli hoc eruere conentur *ex l. 1. pr. de æſtim.* vbi vox *dandi* occurrit, ex qua tamen inane argumentum videtur deſumi poſſe, cum etiam in iure ſub datione illud aliquando deprehendatur, de cuius transferendo dominio non agitur Barnab. Briſſon *de V. S.* voce *dare.*

Contraria ſententia defenditur, ſcil. transferri dominium.

§. XXXIII. Atque hæc ſunt fulcra diſſentientium. Cum vero non eiusmodi roboris ſint, vt me in partes ſuas trahere poſſint, hinc veriorem exiſtimo contrariam ſententiam, dominium ſcilicet hic in accipientem transferri. Fundamenta potiora ſunt ſequentia:

Primum argumentum petitur ex alternatiua obligatione.

primum deduco ex alternatiua obligatione, quæ in hoc contractu eſt penes accipientem, vi cuius aut rem in eadem bonitate, aut pretium reſtituere tenetur; Dn. Hert. *de elect. ex oblig. altern. debit. debita S. 1. §. 4.* Iam vero huius obligationis natura eſt, vt a debitore vel res vel pretium nunquam ſimpliciter, ſed alternatiue exigi poſſit, cum

Digitized by Google

alias electio debitori, quidnam præſtare velit, non maneret ſalua. Argumentor itaque (1) *quamcunque rem non poſſum præciſe vindicare repetendo, ibi non manſit dominium penes dantem, ſed in accipientem tranſit. Atqui in contractu æſtimatorio dans non poteſt præciſe repetere. Ergo.* Maior firmiſſimis nititur rationibus, cum ille, qui rei alicuius dominus adhuc eſt, non agat alternatiue, ſed præciſe reſtitutionem rei vrgere poſſit, ſiquidem inuito domino aliud pro alio ſolui nequit, in hoc contractu vero dans facultatem non habet, ſed neceſſario tenetur actionem formare *alternatiue,* ceu ſupra deductum eſt, per conſequens penes ipſum dominium non manſit, ſed tranſiit in accipientem. Ex eodem fundamento nunc vlterius infero: *quicunque eſt debitor rerum alternatiuus, ille etiam ſine dubio vtriusque rei dominium habere debet: atqui in hoc contractu. &c. Ergo.* Maior iterum exinde patet, quod debitor alternatiuus habeat electionem, an velit rem, an vero pretium ſoluere, quod tamen facere non poſſet, ſi non eſſet ad mininum rei ipſius dominus, partim enim eſt debitor generis, partim debitor ſpeciei. Quoad ſpeciem autem nemo alternatiuus eſſe debitor poteſt, niſi eius dominium habeat. Vlterius infero: *aut dominium rei acceptæ tranſiit in accipientem, aut manſit penes dantem:* ſi prius, non vlteriori quæſtione opus eſt, ſed ſic habeo quod volo: ſin vero poſterius: eſſet ſimplex mandatum vel locatio conductio, & ſic fruſtra ſpecialis actio hic inuenta eſſet, quod ſupra refutatum.

Secundum argumentum ex æſtimatione venditionis gratia adiecta.

§. XXXIV. Deinde ex ſupra iactis fundamentis apparet, æſtimationem in hoc negotio adiectam ſemper factam intelligi *venditionis gratia,* ſiquidem dans determinando pretium non vlterius animum habet rem venditam ſibi habendi, ſed potius accipiendi pretium.

um. Quæ cum ita ſint, ſequitur, vt etiam dominium translatum ſit, cum omnis æſtimatio hoc caſu facta faciat venditionem, venditio vero dominii translationem operetur. Inſuper in hoc negotio fere omnia concurrunt emtionis venditionis requiſita, quatenus dominii translationem operantur, nam vti emtionis venditionis ſubſtantialia vnice conſiſtunt in conſenſu, merce & pretio; ita pariter in hoc negotio deprehendimus *conſenſum* vtriusque, tam dantis, quam accipientis, *mercem*, quæ vendi debet, & *pretium* determinatum, quamuis in eo adhuc adſit diuerſitas, quod accipiens hic non teneatur præciſe ad ſoluendum pretium. Ex quo tamen potius adhuc ſtabilitur translatio dominii, quam infirmatur, vt §. *antec.* oſtenſum.

§. XXXV. Accedit (III) prout iam in ſuperioribus notatum, ſi huius negotii natura non eſſet ita comparata, vt tranferret domininm, qui, quæſo, cum eiusmodi feminis contraheret, inprimis ſi ſecure contrahere vellet, cum ſemper dubium eſſet, an haberet mandatum, rem pro tanto pretio vendendi, imo facilius dans reuocare rem poſſet, ſub hoc prætextu, quaſi fines mandati mandatarius non obſeruaſſet. Aſt quoniam ſecundum mores *magis contrahitur cum ipſis feminis, & potius harum perſonam & fidem ſequimur*, cum ſcire non poſſit, quis eis rem vendendam dederit, eiusmodi feminæ quoque autorem non indicent, merito etiam dominium translatum, ſaltem hunc in finem, vt licite & ſecure cum hiſce feminis ac cum rerum dominis contrahi poſſit. Ceterum ſibi imputent illi, qui eiusmodi feminis res vendendas committunt, quare harum fidem ſecuti nec cautius fuerunt verſati, cum quilibet gnarus eſſe debeat eius conditionis, quocum contrahit. *Tertium deſumitur ex origine huius negotii.*

D 2 §. XXXVI.

Quartum deſumitur a periculo, quod ſuſtinet accipiens.

§. XXXVI. Præterea *cuius eſt periculum rei, illius quoque ordinarie debet eſſe rei dominium*, cum dominus periculum rei ſentire debeat, in hoc autem contractu periculum in accipientem plene transfertur, prout manifeſte conſtat ex *l. 1. ff. de æſtimat.* vbi dicitur, æſtimatio periculum facit eius, qui ſuſcepit, ergo & dominium. In hoc vero negotio merito hoc iniquum foret, niſi ſimul foret dominus. Obſtare quidem videtur *l. 17. §. 1. ff. de P. V.* vbi non indiſtincte periculum in accipientem transfertur, ſed certæ circumſtantiæ ſupponuntur, in quibus accipiens de periculo ſaltem tenetur: verum hæc lex non loquitur præciſe de tali negotio, de quo agit præſens diſputatio, ſed ibi ſermo eſt de tali contractu, vbi magis *taxationis* quam *venditionis gratia* æſtimatio cenſetur adiecta, id quod apparet ex ſubiecta diſtinctione, dum disquirit ICtus, *quis rogauerit?* an dans, an accipiens, & ſic hoc negotium in caſu ibi propoſito magis inclinat ad mandatum. Imo taxationis cauſa tantum eſſe æſtimationem adiectam, docet quoque illa circumſtantia, dum ſupponit caſum, rem acceptam periiſſe *ante venditionem*, vt ita præciſe ad vendendam data fuerit, qualem caſum quoque ſupra §. 14. ſuppoſui. Nec obſtat, quod hinc alternatiua obligatio ſubſit, nam, vt ſupra §. 6. dictum, illa quoque latitat in *taxatione*, ſed plane diuerſa ratione. Scilicet obligatur hic præciſe aut ad rem vendendam, aut reſtituendam rem in ſpecie. Cur vero ICtus hic concedit actionem P. V. non vero mandati, ſi eſt mandatum? Hoc apparet ex ſubiecta diſtinctione, quæ indicat, ſpeciem ibi propoſitam fuiſſe incertam, propter varias circumſtantias, adeoque formulam mandati, tanquam negotii certi & determinati, hic non potuiſſe applicari, quamuis alias mandatum ſubeſſe videatur. Quodſi e-

nim

nim rem non ita conſideremus, Vlpianus ſibi ipſi contradiceret in *l. 1. de æſtimat.* & *l. 17. §. 1. P. V.*

§. XXXVII. Accedit (V) quod accipiens exercere poſſit effectus dominii, & rem acceptam vel in proprios vſus conuertere, vel etiam aliis donare, quos effectus alter impedire non poteſt, ſin autem dominium penes ipſum manſiſſet, haberet facultatem prohibendi, cum vero prohibitio deficiat, dans non poteſt amplius eſſe dominus. Quodſi enim rem repetere vellet ſimpliciter, ipſi obſtaret exceptio plus petitionis *ex §. 33. I. de action.* cum accipiens habeat ius quæſitum, vt poſſit eligere, vtrumne magis pretium ſoluere velit, quo abſolute alter contentus eſſe debet, ſi ad pretium ſoluendum ſe offerat.

Quintum argumentum deſumtum ab effectibus dominii.

§. XXXVIII. Ceterum (VI) nobis nec hic contradicunt illi, qui *euentualem emtionem* ſupponunt, modo ſano ſenſu explicetur. Nam hæc non confundenda eſt cum *conditionata*, quæ plane nullum ſupponit contractum, ſed ſuſpendit, donec conditio exiſtat, cum conditio nihil ponat in eſſe. Euentualis autem emtio eſt quodammodo veræ venditionis ſpecies, etiamſi ſub certo euentu effectum ex poſtfacto habere non poſſit. Sic v. c. ſi emtio venditio eſſet celebrata ſub pacto addictionis in diem, vt ſi inter quatuor ſeptimanas aliquis meliorem afferret conditionem, alter rem acceptam reſtituere deberet, ſubeſt reuera euentualis emtio, quoad omnes effectus, id quod ex iure ſatis notum eſt. Quis vero dubitaret, hic nec transferri interim dominium? Ita quoque in præſenti negotio eatenus euentualis emtio admitti poteſt, quatenus accipiens poſſit rem reſtituere, ſi velit, & dans rem repetere, ſi alter nolit ſoluere pretium, id quod ſemper & ordinarie in omni obligatione alternatiua contingit, vbi ſi vna res non exiſtat, debitor amplius

Argumentum ſextum ex euentuali emtione deſumtum.

Digitized by Google

eligere nequit, ſed quod ſupereſt, præſtare debet. Igitur ſi accipiens ſoluendo eſſe deſierit, & rem retinere & pretium non poteſt, ſed hoc caſu præciſe ad reſtitutionem rei tenetur. Sicuti in emtione ſub pacto commiſſorio, ſi rem ex emtione retinere velit, tenetur pretium intra tempus præſtitutum ſoluere. Et denique, vt verum fatear, dici poteſt in hoc contractu latere quidem euentualem quandam emtionem, ſi *effectum* reſpicias, ſed non ſi *initium*, quia dans hic alterum alternatiue obligare voluit, quæ in euentuali emtione ſub illa forma non adeſt, ſed ibi res ſimpliciter venditur, pacto demum adiecto, vt ad reſtituendam obligetur, ſi pacti adiecti conditio exſtiterit. Ex *euentu* enim, non ab *initio*, demum conſtat, vtrum fuerit alternatiue obligatus.

Aſſeruntur Patroni huius ſententiæ,

§. XXXIX. Ne vero amplius aliquod dubium ſuperſit, breuiter ad rationes in contrarium adductas erit reſpondendum. Et quidem auctoritati diſſentientium (ſi modo auctoritatibus ſit certandum) opponimus Dn. Stryk *ad Lauterb. tit. de æſtimat.* verb. *transfertur dominium.* Dn. Hertium *de conuent. domin. translat.* §. 3. Dn. Berger. *in Reſolut. LL. ad tit. de æſtimat.* §. 1. Lauterb. *de contract. innom.* §. 2. *n.* 2. *ſeqq.* Schilter *ad Piſtor. p.* 3. *q.* 130. *n.* 88. Dn. Schœpfter *ad tit. de æſtimat.* Vnde etiam Ill. Dn. Stryk. *in contract. de act. inueſt. S.* 1. 1. *m.* 4. §. 11. contractum hunc ad contractus dominii translatiuos refert.

Reſpondetur ſtrictim rationibus dubitandi.

§. XL. Quoad ipſas rationes vero excutiendas breuius eſſe cogor. Circa primam in §. 24. nego, quod hic non adſit intentio dominii transferendi, quæ ex eo ipſo per neceſſariam conſequentiam adeſt, quatenus alterum alternatiue obligat, qui rem ita æſtimatam dedit. In ſecunda confunditur euentualis emtio cum conditionata; quæ confuſio iam ante in §. 38. remota: & quamuis,

his, quod Dn. Schilter obiicit, non ſibi emat, eſt tamen in effectu, ac ſi ſibi emiſſet, cum aler rem non poſſit repetere. Si itaque nec dans nec accipiens eſt dominus, quis demum erit? Tertia iam remota eſt §. 36. Quarta eſt ſatis impertinens: nec enim ſequitur, non eſt vera emtio venditio, ergo non transfertur dominium. Quinta petit id, quod eſt in principio, & aliquoties iam eſt reiecta, conf. Ill. Dn. Stryk in not. ad Lauterb. *ad tit. de aeſtimat. verb. a mandato.* Idem dicendum ad ſextam, vbi liquido confunditur mandatum de vendendo cum hoc contractu.

§. XLI. Quæ cum ita ſint, facile nunc de concluſionibus iudicium ferri poteſt. Sic ſæpe quæri videas, vtrum is, qui dedit eiusmodi feminis res vendendas ſub certa æſtimatione, poſſit agere contra tertium *b. f.* poſſeſſorem, ſi femina illas non vendiderit, ſed pignori forſan dederit, & ipſa femina poſt non ſoluendo exſtiterit? *An competat actio contra tertium b. f. poſſeſſorem, cui propola rem acceptam oppignorauit.* Hoc quidem certum eſt, ſi femina tales res ipſas adhuc poſſideret, poſſe contra eam agi, vt reſtituat, quia qui alternatiue obligatur, ſi alterum præſtare non poſſit, ad alterum præſtandum ſimpliciter tenetur. Sed cum res iam penes tertium poſſeſſorem, & ipſa femina ſaltem actione perſonali, præſcriptis verbis, potuiſſet conueniri ad præſtandum alterutrum, quæ contra tertium poſſeſſorem inſtitui nequit, inſuper vero rei vindicatio hic ceſſet ex cauſa deficiente, ceu pluribus hactenus oſtenſum, hinc actioni non eſſe locum contra tertium poſſeſſorem putarem.

§. XLII. Et ſecundum hanc ſententiam Illuſtris huius Academiæ Facultas Iuridica Anno 1701. Menſ. Aug. pronunciauit. Verba Reſponſi ſunt ſequentia.

Hat

Digitized by Google

Reſponſum. Hat deſſen Eheliebſte N. N. mit einer geſchwornen und in Eid und Pflicht genommenen Käufflin und Hauſirererin / K. K. genannt / unterſchiedl. gehandelt / auch ihr auf verſchiedene Pfände etliche 100. Fl. gegen Verzinſung mit 6. pro cent. hergeliehen / und derſelben als einer geſchwornen Käufflin und Hauſirererin / die mit Verſetzung der Pfände und Verkauffunge allerhand pretioſorum ihre Nahrunge getrieben / völlig gegläubet / Sie aber die obgedachte K. wider alle Eid und Pflicht die ihr zum Verkauf gegebene Stücke bey deſſen Liebſte verſetzet / das darauf empfangene Geld mit ihrer Tochter üppiger Weiſe durchgebracht / worauf dieſelbe zwar zur verdienten-Straffe in das Zuchthauß gebracht / die Leute aber / ſo ihr / der Hauſirererin / ſolche pretioſa zu verkauffen gegeben / anjetzo wider N. ſich melden und ihre Sachen zu vindiciren trachten / deshalb gefraget wird:

Quæſtio. Ob bey ſo geſtalten Sachen N. N. die bey ihr verſetzte Pfände ohne Entgeld auszulieffern ſchuldig ſey?

Rationes dubitandi. Ob nun wohl die Hauſirererin und Käufflin nicht befugt geweſen / die ihr ad alienandum anvertraute Sachen zu verpfänden / und alſo es das Anſehen gewinnen möchte / als ob ſie res alienas verſetzet / nun aber in Rechten bekannt / quod pignus a non domino conſtitutum non valeat

L. 2. & 3. C. ſi alien. res pign. data ſit. L. 36. pr. §. 4. ff. de pignor. Act. iunct. L. 22. §. 2. L. 36. §. 11. eod. Hahn. *ad Weſenb. tit. commod. n. 4.*

Zudem der mit der Hauſirererin und Käufflin getroffene Contract von Seiten derer jenigen / ſo ihr die pretioſa zu veralieniren anvertrauet / mehr ein mandatum als contractus æſtimatorius zu ſeyn ſcheinet / quia ſicut mandatum ad emendum valet, ita etiam ad vendendum, & vero

vero notiſſimi iuris, quod mandatarius non poſſit conditionem mandantis deteriorem reddere, ſi quid contra mandatum egerit.

L. 10. C. de procurat.

& qui excedit fines mandati, aliud quid facere videtur.

L. 5. pr. ff. mandat.

Zu geſchweigen/ daß die Hauſirererin zu der Zeit/ wie ſie die Pfände bey N. N. verſetzet/ nicht mehr ſoluendo geweſen/ und alſo N. N. mit derſelben weiter zu contrahiren billig Bedencken tragen ſollen/ wozu denn kömmt/ daß die Hauſirererin nur auf 200. Fl. Amts caution geleiſtet/ und alſo N. N. billig behutſammer gehen ſollen/ ihr mehr Geld auff Pfände zu geben/ als ob beſagte caution austräget.

D. a. d. die obgedachte Hauſiererein und Käufflin K. K. eine in Eid und Pflicht genommene Perſon geweſen/ und alſo N. N. umb deſto ſicherer mit ihr wohl contrahiren können/ zumal ihr vitæ genus darinnen beſtanden/ daß ſie theils die ihr ad alienandum gegebene Sachen verkauffet oder ſonſt dieſelbe auf Pfände verſetzet / und man alſo ihr als einer perſonæ iuratæ wohl trauen dürffen/ auch nicht in dieſem Fall nöthig iſt/ zu inquiriren/ ob der geſchwornen Hauſirererin die Sachen ad alienandum oder ad pignorandum gegeben/ weil man ſonſten nicht ſicher mit einer ſolchen Frau contrahiren könte/ indem man ſich immer befürchten müſte/ daß ſie doloſe verführe/ zu dem Ende ſie aber doch publice in Eid und Pflicht genommen worden! Und dann ferner der mit ihr getroffene contract, quod res certo pretio æſtimata ipſi vendenda ea lege, data fuerit, vt illa vel rem ipſam reddat, vel pretium conuentum ſoluat, billig pro coutractu æſtimatorio zu halten.

L. 1. ff. de æſtimat.
Dd. commun. ad tit. cit.

Et vero ſecundum communem Doctorum ſententiam in hoc contractu dominium transferatur,

Stamler *de contract. diſp. 15. th. 11.*
Schulter *ad Piſtor. p. 3. q. 130. n. 81.*
Lauterb. *ad tit. de æſtimat. ab init.*

ex vulgata regula, quod æſtimatio faciat periculum eius, qui rem venditionis cauſa accepit, adeoque dominium transfert.

L. 1. §. 1. ff. de æſtimat.

Und folglich hier keine oppignoratio rei alienæ, ſed propriæ vorhanden iſt/ zudem auch hier ein ſolcher caſus, vbi vtrinque certatur de damno vitando, vbi ordinarie poſſeſſoris conditio debet eſſe melior, in pari enim cauſa melior eſt conditio poſſidentis.

L. 4. §. 13. de dol. mal. except. *L. 91. §. 3. de V. obl.*
Nerizan. *conſ. 79. n. 17.*
Menoch. *de præſumt. lib. 6. præſ. 66. n. 7.*

Welchen denn nicht entgegen ſtehet/ quod pignus a non domino conſtitui nequeat, zumahlen hier keine res aliena verpfändet/ ſondern talis, cuius dominium habuit femina oppignorans, und iſt in Rechten gar nicht fundirt/ daß der contract, ſo man mit geſchwornen Hauſirerin celebrirt/ ſolte mehr ein mandatum als contractus æſtimatorius ſeyn/ zumahlen ein groſſer Unterſcheid iſt/ ob ich einen ordre gebe/ meine Sachen zu verkauffen/ welches ein mandatum iſt/ oder ob ich einer ſolchen Frau ſub certa æſtimatione zu vereuſern oder vor ſich zu behalten/ überliefere/ quo caſu non eſt amplius mandatum, ſed contractus æſtimatorius, æſtimatio autem venditionis

nis cauſa adiecta transfert dominium in accipientem, vt libere alienare & ita quoque oppignorare poſſit.

L. 10. §. 4. L. 16. ff. de iure dot.
L. 31. ff. locati.
L. 58. ff. de donat. inter vir. & vxor.

und obgleich die Hauſiererin tempore rerum oppignoratarum nicht mehr mag ſoluendo geweſen ſeyn/ ſo kan doch ſolches der N. N. nichts hindern/ als welcher dadurch nichts benommen worden/ mit ihr bona fide zu contrahiren/ ja wenn gleich endlich die beſtellte caution ſo viel nicht austragen ſolte/ als N. N. auf Pfande gegeben/ ſo iſt doch durch Beſtellung ſolcher caution Niemand verboten worden/ auf ein höhers mit ihr bona fide zu contrahiren/ zumahlen wenn die Hauſiererin gar keine caution geſtellet/ doch ſolches der N. N. nicht præiudiciren könne.

So erſcheinet hieraus allenthalben ſo viel/ daß N. N. die bey ihr verpfändete Sachen ohne Entgeld zu reſtituiren nicht könne angehalten werden.

§. XLIII. Similiter quæritur, *an dans rem vendendam habeat in concurſu creditorum prioritatem in re vel pretio inde redacto?* Diſtinctione res eſt expedienda. Aut eſt mandatum initum nudum de vendendo, aut præſens negotium. Si prius, vindicari res poteſt, ſi adhuc extat, alias creditor eſt tantum quoad pretium, modo fidem de pretio habuerit. Quodſi vero mediante contractu æſtimatorio res alteri æſtimata data fuerit, quia ſic in creditum ei abiit, tantum inter reliquos creditores ſuo loco ponendus, nec iure dominii rem auferre ante concurſum pôteſt, quæ diſtinctio liquido pronata eſt *in l. 5. §. 18. de tribut. act.* Pro hoc quoque præſumtio eſt, quod dans in dubio hoc in caſu in creditum iuerit, quam primum *Quatenus in concurſu dans præferatur aliis*

rem tradidit, dum accipientem alternatiue obligauit, Menoch. *de præſumt. l. 3. præſ. 79. n. 4.* quia res ipſa, quam quis dat, dominium transfert, & ſic fidem de pretio habere videtur, conf. Coll. Argent. *de æſtimat.* Hahn. *diſſ. de æſtimat. th. 34.*

COROLLARIA.

1.

IN poſſeſſorio ſummario teſti iniurato non creditur.

2.

Iure Saxonico contractus a muliere abſente curatore celebratus eſt inualidus, etiamſi præſentes fuerint agnati mulieris & conſenſerint.

3.

Æquum eſt ac iuſtum, vt ſi commune periculum vnius vel alterius damno auerſum, ſinguli pro rata damnum reſarciant.

4.

Omne damnum aut partem eius abſque vllo lucro in ſe recipere ſocio licitum videtur, cum ſit ſpecies damnationis, hinc ſocietatem leoninam in rerum natura non dari puto.

5.

Iudex ſuſpectus potius remouendus quam teſtis, cum ille maius præiudicium parti inferre valeat.

6.

Laicus ſuper facto matrimonii cognoſcere non prohibetur, etiamſi regulariter cauſa matrimonialis ſingulare habeat forum, nimirum conſiſtorium.

Dum

Digitized by Google

DVm ſpecimen doctum cathedræ iam ſiſtis amice,
Monſtraſti ſtudium iuris & ingenium
Perge viam cœptam Te digna brabea ſequentur,
Ac labor impenſus nullus inanis erit!

Gratulabundus adiecit

SAMVEL STRYKIVS,
ICTVS.

EN militaſti ſtrenua caſtris manu,
Aſtræa queis & alma præſidet Themis!
Nunc ſcandis in campum, docesque quid iuuet
Sudaſſe; docta, RAVE, dextera bene
Linguaque, transferri, æſtimatio nomen
Cui dat, negotio dominium, perdoces.
Te munus atque, quem Themis confert honos
Dignum manet. Diſcedis a nobis. DEVS
Comes ſit, vt videre templa Te noſtri
Qualem Lycei, talem & agnoſcat forum.

D. C. D SCHVBART,
P. P.

NOBILISSIMO DOMINO,

RESPONDENTI

S. P. D.

PRAESES.

QVanquam meo non indigere videaris ſuffragio & teſtimonino de Tua eruditione & egregiis in iure profectibus, quippe de quibus abunde præſens Tua diſputatio teſtari poteſt, tamen haud intempeſtiuum eſſe duxi, meam gratulationem publicis acclamatio-

matio-

Digitized by Google

mationibus adiungere, præſertim cum Tuus in me affectus aliæque rationes priuatæ id a me poſtulare videantur. Laudo vero imprimis Tuum propoſitum, quod etiam omnes probi mecum laudabunt, quod operam Tuam non perdideris, ſed eam eiusmodi themati deſtinaueris, quod hactenus parum excuſſum eſſe conſtat, & quod tamen in ipſis rerum argumentis ſæpe numero obtinere poſſe certum eſt. Vnde etiam non deerunt, qui tanquam iuſti & æqui æſtimatores, Tibi, quod Tuum eſt, tribuent, h. e. mecum ſponte confitebuntur, Te ſatis aptum eſſe ad illa munia obeunda, quæ vt iuſtum ab iniuſto, æquum ab iniquo ſeperetur, in Rebuspublicis conſtituta ſunt. Quemadmodum itaque hactenus ita rem Tuam geſſiſti, vt omnes boni Tibi applaudant, ita

quo-

Digitized by Google

quoque præſentibus hiſce gratulationem meam ſubiungo, ex toto animo ad reliquum vitæ Tuæ curſum omnem gratiam diuinam & benedictionem vt & proſperitatem Tibi apprecans. Vale & rem Tuam in poſterum quoque bene age. Dab. d. 13. Nouemb. 1703.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Digitized by Google